

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NH120001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Urteil vom 24. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

sowie

B. _____,

Verfahrensbeteiligte,

gegen

C. _____,

Beklagte,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Rückführung eines Kindes**

Erwägungen:

1. Sachverhalt

1.1 Die Parteien sind seit dem tt.mm.2008 verheiratet und sind Eltern der gemeinsamen Tochter D._____, geboren am tt.mm.2009 in Z._____ [Ortschaft in der Schweiz], wo die Parteien damals gemeinsam Wohnsitz hatten. Im April 2010 zogen die Parteien nach W._____ [Ortschaft im Kanton Zürich] und nahmen dort gemeinsam mit D._____ Wohnsitz. In der Folge waren beide Parteien berufstätig bzw. in Ausbildung, die Beklagte bei der E._____ AG in W._____, der Kläger zunächst für F._____, worauf er sich seiner Aus- und Weiterbildung widmete. Beide Parteien waren in diesem Zusammenhang viel im Ausland tätig (act. 1 S. 2).

D._____ wurde daher nach der Schilderung des Klägers seit ihrer Geburt mehrheitlich von den Grosseltern väterlicherseits betreut und lebte ab März 2010 ausschliesslich bei diesen in V._____ in Frankreich. Lediglich etwa ein bis zwei Wochen pro Jahr verbrachte D._____ danach, ebenso in Begleitung ihrer Grossmutter, bei den Parteien in W._____ (act. 1 S. 2).

Nach dem Standpunkt der Beklagten hingegen verbrachte D._____ lediglich wiederholt längere Ferien bei den Grosseltern väterlicherseits, worauf sie aber von ihr, der Beklagten, immer wieder in die Schweiz zurückgeholt wurde, sobald ihre berufliche Tätigkeit ihr die Betreuung von D._____ wieder erlaubte (Plädoyernotizen vom 24. Juli 2012, S. 2). Dies habe sie, die Beklagte, jeweils ohne ausdrückliche Absprache mit dem Kläger getan, weil dieser ohnehin auf der ganzen Welt herumreiste und die Betreuung von D._____ nach der Vereinbarung der Parteien Sache der Beklagten gewesen sei (act. 10/1 S. 4; Plädoyernotizen S. 6).

1.2 Ende Februar 2012 verlor die Beklagte ihre Stelle bei der E._____, worauf der Kläger die eheliche Wohnung in W._____ auf Ende April 2012 kündigte (act. 10/2 S. 10; Plädoyernotizen S. 7).

1.3 Am 14. März 2012 besuchten die Mutter des Klägers und D._____ den Kläger in ... [Staat in Asien], wo er eine notfallmässige Operation vornehmen lassen musste, und von wo er, seine Mutter und D._____ am 19. März 2012 nach Frank-

reich zurückkehrten. Seit der Rückkehr aus ... [Staat in Asien] und auch davor lebte D._____ nach der Darstellung des Klägers ununterbrochen bei seinen Eltern in V._____ in Frankreich (act. 2 S. 3).

1.4 Am 10. Mai 2012 holte die Beklagte D._____ in Frankreich in der Krippe ab, kurz nachdem die Grossmutter väterlicherseits das Kind dorthin gebracht hatte, und reiste mit dem Kind in die Schweiz, wo sie in U._____ [Ortschaft im Kanton Zürich] ab 1. Mai 2012 eine neue Wohnung gemietet hatte (act. 2 S. 3, act. 10/2 S. 10 f.).

2. Prozessgeschichte

2.1 Mit Eingabe vom 9. Juli 2012 machte der Kläger das vorliegende Rückführungsverfahren anhängig und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2):

- "1. Die gemeinsame Tochter der Parteien, D._____, geboren am tt.mm.2009, sei unverzüglich nach Frankreich zurückzuführen.
2. Die zuständige Vormundschaftsbehörde sei anzuweisen, D._____ dem Kläger unverzüglich herauszugeben.
3. Der Kläger sei anzuweisen, D._____ unverzüglich nach Frankreich zurückzubringen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

2.2 Mit Verfügung vom 11. Juli 2012 wurde das Rückführungsbegehren des Klägers der Beklagten und verschiedenen Amtsstellen zur Kenntnis gebracht und wurden sachdienliche Unterlagen eingefordert (act. 5).

2.3 Mit Vorladung vom 18. Juli 2012 wurde die Anhörung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 BG-KKE auf den 24. Juli 2012 angesetzt (act. 27/1-3).

2.4 Mit Eingabe vom 19. Juli 2012 stellte der Kläger die folgenden weiteren Anträge (act. 35):

- "1. Es seien die Grosseltern väterlicherseits von D._____ anlässlich der Verhandlung vom 24. Juli 2012 zur Sache zu befragen.

2. Es seien die beiliegenden Unterlagen als weitere Beweismittel zu berücksichtigen.
3. Die Vorlage weiterer Beweismittel anlässlich der Verhandlung vom 24. Juli 2012 sei zulässig zu erklären."

2.5 Am 24. Juli 2012 wurde die Anhörung der Parteien durchgeführt und wurden die Grossmutter väterlicherseits von D._____ sowie die Beiständin von D._____ als Verfahrensbeteiligte angehört.

Dabei stellte die Beklagte die folgenden Anträge (Plädoyernotizen S. 1, Prot):

- "1. Antrag Ziff. 1 des Klägers, D._____, sei unverzüglich nach Frankreich zurückzuführen, sei abzuweisen.
2. Auf Antrag Ziff. 2 des Klägers sei nicht einzutreten, eventualiter sei er vollumfänglich abzuweisen.
3. Auf Antrag Ziff. 3 des Klägers sei nicht einzutreten, eventualiter sei er vollumfänglich abzuweisen.
4. Es sei die Vertretung von D._____ im vorliegenden Verfahren anzuordnen und ein Rechtsvertreter für D._____ für das vorliegende Verfahren zu bestellen.
5. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten des Klägers.

Anträge betreffend die Parteistellung der Grosseltern väterlicherseits:

6. Die Grosseltern väterlicherseits seien nicht als Partei in das vorliegende Verfahren aufzunehmen.
7. Eventualiter, sollten die Grosseltern, insb. die Grossmutter, im Verfahren selbständige Anträge stellen, so seien diese vollumfänglich abzuweisen."

3. Vorbemerkungen

Die Parteien und die Beiständin haben zum Teil sehr eingehende Schilderungen über die Situation des Kindes und der Eltern in der Schweiz und in Frankreich

gemacht. Es gilt festzuhalten, dass es vorliegend um ein Rückführungsbegehren und nicht um die Zuteilung der Obhut oder der elterlichen Sorge geht. Somit ist nicht abzuklären bzw. zu entscheiden, ob es für das Kind besser ist, in Frankreich oder in der Schweiz aufzuwachsen. Zu prüfen ist einzig, ob die Voraussetzungen einer Rückführung gegeben sind. Bezogen darauf ist auf die Parteivorbringen und Ausführungen der Beiständin näher einzugehen.

4. Materielle Erwägungen

4.1 Vorbemerkungen

Der Kläger stützt sein Begehren auf das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980 (HKÜ). Ziel dieses Abkommens ist, die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen (Art 1 lit. a HKÜ). Beweispflichtig für das Vorliegen der Voraussetzungen der Rückführung ist, wer diese verlangt (vorliegend der Kläger).

Das obere kantonale Gericht entscheidet in einem summarischen Verfahren (Art. 8 Abs. 2 BG KKE).

4.2 Gewöhnlicher Aufenthalt

4.2.1 Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in einem Vertragsstaat ist nach Art. 4 HKÜ eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Übereinkommens, und der gewöhnliche Aufenthalt im Herkunftsstaat ist gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a HKÜ eine Rückführungsvoraussetzung (BGer 5A_746/2009 E. 2.1).

Als gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne des HKÜ gilt der tatsächliche Lebensmittelpunkt des Kindes, der sich aus der tatsächlichen Dauer des Aufenthalts und den bestehenden Beziehungen oder aus der zu erwartenden Dauer des Aufenthalts und der damit zu erwartenden Integration ergibt. Er bestimmt sich aufgrund der nach aussen erkennbaren tatsächlichen Umstände. Innere Umstände wie etwa der Wille sind nicht massgebend (BGer in FamPra 2011 S. 747 ff. E. 2.2 S. 749). Auch ein von Beginn an von den Eltern befristet geplanter Aufenthalt des Kindes

kann daher gegebenenfalls als gewöhnlicher Aufenthalt qualifiziert werden (Fam-Komm Scheidung-Jametti Greiner, 2. Auflage 2012, Anh IPR N 116). Ein ca. 6monatiger tatsächlicher Aufenthalt genügt regelmässig zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts (vgl. SemJud 2010 S. 197 sowie BGer 5P.367/2005 E. 5.3). Dabei ist das Alter des Kindes mit zu berücksichtigen. Kleinere Kinder passen sich eher rascher einer neuen Umgebung an und begründen daher eher schneller einen gewöhnlichen Aufenthalt, während etwa Kinder im Teenageralter, welche ein eigenes Beziehungsnetz unterhalten und Freundschaften pflegen, eher längere Zeit brauchen, um sich an einem neuen Ort zu integrieren. Je jünger ein Kind ist, desto kürzer ist daher die zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts erforderliche Zeitdauer (ZR 90/1991 Nr. 22 E. 9, 10).

4.2.2 Die knapp drei Jahre alte D._____ befand sich mit Willen beider Eltern unbestrittenermassen mindestens seit Juli 2011 mehrheitlich bei ihren Grosseltern väterlicherseits, besuchte dort seit September 2011 drei oder vier Tage die Woche von 9.30 Uhr bis 11:30 Uhr die Krippe, wohin sie ihre Grossmutter regelmässig brachte und abholte (act. 43/4), und wurde seit November 2010 bis Dezember 2011 quasi täglich von einer Frau G._____ im Haushalt der Grosseltern betreut (vgl. act. 43/3). Frau G._____ bestätigt ausdrücklich, nach ihrem Eindruck sei die Beklagte mit dieser Situation sehr glücklich gewesen (act. 43/3). Diese Bestätigungen sind glaubhaft und werden durch die blosse Bestreitung der Beklagten nicht entkräftet (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 222 N 20).

Dass D._____ ab August 2011 mehrheitlich in Frankreich von den Grosseltern väterlicherseits betreut wurde, bestritt die Beklagte selber nicht (Plädoyernotizen, S. 12).

Konkrete Nachweise für mehr als nur kurzfristige Aufenthalte in der Schweiz (Nachweise von Arztbesuchen und Spielgruppenbesuchen, vgl. act. 11 S. 7 f.) liegen dementsprechend nur bis Juli 2011 vor. Der Kläger brachte auch diesbezüglich Vorbehalte an, act. 35 S. 2, und machte insb. geltend, bei den bezahlten Rechnungen für die Spielgruppe im H._____ habe es sich lediglich um ein Fitness-Abo gehandelt, wo die Parteien auch die Option Kinderbetreuung im H._____ abonniert hätten und dies daher hätten bezahlen müssen; dessen unge-

achtet sei D._____ tatsächlich nur ganz wenige Male dort betreut worden (Prot.). Darauf muss nicht abgestellt werden, da ein allfälliger gewöhnlicher Aufenthalt in der Schweiz bis Juli 2011 dem heute zu beurteilenden Rückführungsbegehren ohnehin nicht entgegen gehalten werden könnte.

Der konkrete, aktuelle Aufenthalt von D._____ in Frankreich bis zur Verbringung in die Schweiz am 10. Mai 2012, zusammen mit den unbestrittenen Aufenthalten in der Zeit zuvor (act. 11 S. 7), führt nach dem Gesagten zur Annahme eines gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in Frankreich, ungeachtet der Frage, ob die Eltern, insbesondere die Mutter, einen dauerhaften Verbleib von D._____ in Frankreich beabsichtigten oder nicht.

4.2.3 Entgegen der Beklagten lässt sich aus dem Entscheid BGer 5P.128/2003 nichts Gegenteiliges ableiten. Auch dort wird ausgeführt, massgeblich sei der tatsächliche, eigene Lebensmittelpunkt des Kindes. Neben einer physischen Präsenz von einer gewissen Dauer und Regelmässigkeit komme es auf den Ort der engsten familiären Beziehung zwischen Kind und Umwelt an. Insbesondere werde der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes nicht von einem Elternteil rechtlich abgeleitet (BGer a.a.O., E. 3.2).

Entgegen jenem Fall handelt es sich vorliegend nicht um Ferien, welche das Kind gelegentlich bei den Grosseltern verbrachte (BGer a.a.O., E. 3.3), sondern um eine überwiegende Betreuung durch die Grosseltern. Tatsächliche familiäre Beziehungen hatte D._____ daher im fraglichen Zeitraum nicht in der Schweiz, sondern in Frankreich bei der Grossmutter väterlicherseits. Dies ist entscheidend.

Im Übrigen hat Jametti Greiner ihre vom Bundesgericht im erwähnten Entscheid zitierte Ansicht, wonach soziale Integrationsfaktoren wie Kindergarten oder Jugendverbände keine Rolle spielten und von Bedeutung vielmehr die Beziehung zu den sorgeberechtigten Eltern sei (BGer a.a.O., E. 3.3), in der Neuauflage des FamKomm relativiert und darauf hingewiesen, von den konkreten Lebensverhältnissen könne natürlich nicht abstrahiert werden. In der Regel führe dies dazu, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes mit demjenigen der sorgeberechtigten Personen decke (FamKomm Scheidung-Jametti Greiner, 2. Auflage

2010, Anh IPR N 116). Konkret muss dies, da es um die tatsächlichen Verhältnisse des Kindes geht, die Person betreffen, welche das Kind tatsächlich im Alltag mehrheitlich betreut. Dies ist vorliegend die Grossmutter väterlicherseits.

4.2.4 D._____ hatte nach dem Gesagten bis zu ihrer Abreise in die Schweiz am 10. Mai 2012 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich, welches wie die Schweiz ein Vertragsstaat dieses Abkommens ist (vgl. Art. 4 HKÜ). Die Anwendbarkeit des Abkommens ist damit zu bejahen.

4.3 Verletzung des Sorgerechts

4.3.1 Voraussetzung für eine Rückführung eines Kindes in sein früheres Aufenthaltsland ist, dass es widerrechtlich in einem andern Vertragsstaat zurückgehalten wird. Das Zurückhalten ist dann widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird (Art. 3 Abs. 1 HKÜ).

4.3.2 Das Sorgerecht nach Art. 5 lit. a HKÜ umfasst die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltes (Fam-Komm Scheidung-Jametti Greiner, 2. Auflage, Anh IPR N 142a). Im Zentrum steht damit die Verletzung des Obhutsrechts (des "droit de garde" - vgl. auch den französischen Text von Art. 3 lit. a und Art. 5 lit. a HKÜ sowie Bucher, AJP 2008 S. 480 f.).

4.3.3 Nach französischem Recht (und im Übrigen auch nach dem Schweizer Recht) steht die elterliche Sorge und das darin enthaltene Obhutsrecht verheirateten Eltern grundsätzlich gemeinsam zu und bestand vorliegend zum Zeitpunkt der Verbringung von D._____ in die Schweiz kein Rechtstitel, der davon abweichend der Beklagten die alleinige Obhut über D._____ zugesprochen hätte. Auch an der Verhandlung vom 24. Juli 2012 wurde nichts Gegenteiliges vorgebracht (Prot.).

Eine davon abweichende Parteivereinbarung hat die Beklagte zwar behauptet (act. 10/1 S. 4), und es mag sein, dass es zu einem früheren Zeitpunkt Absicht der Parteien war, zu einem nicht genau bestimmten späteren Zeitpunkt D._____ wieder gemeinsam in der Schweiz zu betreuen.

Eine konkrete Zustimmung des Klägers zur Verbringung von D._____ in die Schweiz oder eine nachträgliche Genehmigung, welche die Rückführung ausschliessen würde (Art. 13 Abs. 1 lit. a HKÜ), hat die Beklagte indes nicht behauptet, und es geht aus ihrer eigenen Schilderung hervor, dass sie von einer solchen Zustimmung nicht ausging: Die Beklagte gab an der Verhandlung vom 24. Juli 2012 an, sie habe D._____ am 10. Mai 2012 ohne vorgängige Absprache mit der Grossmutter väterlicherseits und dem Kläger abgeholt, weil sie zuvor schon verschiedentlich Diskussionen insb. mit ihrer Schwiegermutter gehabt habe und weil sie keine Lust auf eine erneute Diskussion gehabt habe (Prot.). Vor diesem Hintergrund kann die Beklagte nicht behaupten, gutgläubig von einer Zustimmung des Klägers zur Verbringung von D._____ in die Schweiz ausgegangen zu sein.

4.3.4 Das Sorgerecht muss dem Kläger indes nicht nur rechtlich zustehen, sondern er muss es im massgeblichen Zeitraum auch tatsächlich ausgeübt haben. Das ist nach der herrschenden Auffassung bereits bei Wahrnehmung des Besuchsrechts (BGer 5A_840/2011 E. 2.3; Schmid, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, AJP 2002 S. 1325 ff., S. 1332) bzw. bei Fällung der im Rahmen des Sorgerechts zu treffenden Entscheidungen der Fall (Hauser/Urwyler, Kindesentführungen, in: Leuenberger/Guy (Hrsg.), Rechts- hilfe und Vollstreckung, Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs, Bern 2004, S. 69).

Der Kläger hat anlässlich der Verhandlung vom 24. Juli 2012 glaubhaft geschildert, dass er sich nach seinen Möglichkeiten um D._____ kümmerte. Unbestritten blieb sodann, dass er und die Beklagte gemeinsam den Entscheid trafen, zumindest vorübergehend D._____ durch die Grosseltern väterlicherseits betreuen zu lassen.

Von einer tatsächlichen Ausübung des Sorgerechts durch den Kläger ist danach auszugehen.

4.4 Verweigerungsgründe nach Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ

4.4.1 Die Rückführung ist gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b HKÜ zu verweigern, wenn damit eine schwerwiegende Gefahr für einen körperlichen oder seelischen Schaden verbunden ist oder wenn das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage gebracht wird. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um ein "Notventil", das erlaubt, auf eine Rückführung zu verzichten, auch wenn die Voraussetzungen dafür an sich gegeben wären. Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 5 BG-KKE eine dieser Fallkategorien näher umschrieben, in der es nicht mehr zur Rückführung des entführten Kindes kommen soll (vgl. BBI 2007 2595 S. 2621). Verweigerungsgründe sind von der Beklagten nachzuweisen. Angesichts des Beschleunigungsgebotes haben sich die zuständigen Behörden allerdings damit zu begnügen, dass die Verweigerungsgründe anhand substantiiert vorgetragener Anhaltspunkte objektiv glaubhaft gemacht werden, weil langwierige Untersuchungsverfahren ausgeschlossen sind (vgl. z.B. BGE 5P.199/2006 Erw. 4.1; BGE 5P.367/2005 Erw. 7.1; Hauser/Urwyler, a.a.O., S. 72). Am 1. Juli 2009 ist das BG-KKE in Kraft getreten, welches in Art. 5 eine Bestimmung zu Rückführung und Kindeswohl enthält: "Die Rückführung bringt das Kind insbesondere dann in eine unzumutbare Lage nach Art. 13 Abs. 1 Buchstabe b HKÜ, wenn: (a) die Unterbringung bei dem das Gesuch stellenden Elternteil offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht; (b) der entführende Elternteil unter Würdigung der gesamten Umstände nicht in der Lage ist oder es ihm offensichtlich nicht zugemutet werden kann, das Kind im Staat zu betreuen, in dem er unmittelbar vor der Entführung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte; und (c) die Unterbringung bei Drittpersonen offensichtlich nicht dem Wohl des Kindes entspricht".

Die Verweigerungsgründe nach Art. 13 HKÜ sind eng auszulegen. Die entführende Person soll keinen Vorteil aus ihrem Rechtsbruch ziehen können. Zu berücksichtigen sind daher nur wirklich schwere Gefahren, nicht aber irgendwelche Nachteile. Insbesondere will das Übereinkommen das Kind nicht dem zur Ausübung der elterlichen Sorge besser befähigten Elternteil zusprechen; vielmehr sollen die mit der Entführung geschaffenen Gegebenheiten rückgängig gemacht

werden und der Entscheid über die Kinderzuteilung dem Richter am Ort des bisherigen Aufenthalts zugewiesen werden (BGE 123 II 419 E. 2b).

4.4.2 Die Beklagte hielt dafür, D._____ könne nicht von ihrem Vater betreut werden, denn er reise in der ganzen Welt herum und werde dies auch in den nächsten Jahren tun. Er habe derzeit keinen festen Wohnsitz. Angemeldet sei er nach wie vor in der Schweiz.

Dazu komme, dass sich der Kläger und seine Eltern gegenüber dem Kind gewalttätig verhalten hätten. D._____ habe dabei körperlichen und vor allem seelischen Schaden genommen und sei total verängstigt. Der Kläger und seine Eltern hätten mit dem Überfall vom Juni 2012 eindrücklich gezeigt, dass sie nicht in der Lage seien, wahrzunehmen, wie ihr Verhalten auf D._____ wirke, und sie hätten D._____s Wohl nicht bedacht (Plädoyernotizen der Beklagten, S. 17 f.).

Ins Gewicht fällt, dass D._____, die im vergangenen Jahr grösstenteils durch ihre Grosseltern väterlicherseits betreut wurde, bei einer Rückführung nach Frankreich zu diesen in ein ihr vertrautes Umfeld gelangen würde. Die Beklagte brachte nichts Abweichendes vor. Unbestritten ist ebenfalls, dass die Grosseltern, insbesondere die Grossmutter väterlicherseits, sich im Grunde vorbildlich um das Kind kümmern (vgl. die Ausführungen der Beiständin anlässlich der Anhörung vom 24. Juli 2012, Prot.).

Auch die Beklagte bringt – abgesehen vom Hinweis auf den Vorfall vom 9. Juni 2012 – nicht vor, die Unterbringung bei den Grosseltern väterlicherseits entspreche nicht dem Wohl von D._____.

Die Vorfälle vom 9. Juni 2012 waren, das erkennt auch der Kläger, unschön. Sie sind indessen mit Blick auf die Vorgeschichte mit der jahrelangen Unterbringung bei den Grosseltern zu relativieren. Es ging am 9. Juni 2012 um eine Ausnahmesituation, die keine Rückschlüsse auf den Betreuungsalltag von D._____ bei den Grosseltern väterlicherseits erlaubt.

Die Frage, ob dem Wohl von D._____ mit einer Betreuung durch die Grosseltern in Frankreich oder durch die Beklagte in der Schweiz besser gedient wird, ist in

diesem Verfahren nicht zu prüfen. Gerade hier kommt der Unterschied zwischen Rückführungs- und Sorgerechtsverfahren deutlich zum Ausdruck.

4.4.3 Die Beklagte bringt vor, ihr sei nicht zuzumuten, nach Frankreich zurückzukehren und damit das Kind dort zu betreuen. Sie verweist auf den Umstand, dass sie in Frankreich über keine Wohnung verfüge, arbeitslos sei und Arbeitslosengelder ab September oder Oktober 2012 nur noch für den Fall ihres Wohnsitzes in der Schweiz erhalte. Sie erziele daher in Frankreich keinerlei Einkommen. Unklar sei im Übrigen auch die Einkommenssituation des Klägers (Plädoyernotizen der Beklagten vom 24. Juli 2012, S. 18).

Dem ist nicht zu folgen. Die Beklagte ist französische Staatsangehörige, sie hat nach ihren eigenen Ausführungen in Frankreich ein Studium einer Elite-Handelshochschule absolviert, und sie war in der Zeit danach, vor der Geburt von D._____ und vor dem Umzug in die Schweiz, in Frankreich auch erwerbstätig. Konkrete Gründe, weshalb ihr dies nicht erneut möglich sein sollte, brachte sie nicht vor.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass D._____ nicht mehr zur Kategorie der ganz kleinen Kinder gehört, denen eine Rückführung ohne die Mutter zum vornherein nicht zugemutet werden kann (BGE 5P.367/2005 Erw. 8.3) – zumal D._____ in der Vergangenheit wie gesehen ohnehin unbestrittenermassen zumindest seit Sommer 2011 bereits mehrheitlich von den Grosseltern väterlicherseits betreut wurde (Plädoyernotizen der Beklagten, S. 12).

4.4.4 Nach dem Dafürhalten der Beklagten entspricht schliesslich die Unterbringung der Kinder bei deren Grosseltern nicht dem Kindeswohl (vgl. oben 4.4.2).

Es fehlt bereits an einer Behauptung der Beklagten, die Unterbringung bei den Grosseltern väterlicherseits liege *offensichtlich* nicht im Wohl der Kinder. Die Beklagte tat dafür auch keine Anhaltspunkte dar. Im Übrigen ist auf die obigen Ausführungen unter 4.4.2 zu verweisen.

Damit sind auch die Voraussetzungen von Art. 5 lit. c HKÜ nicht erfüllt.

Weitere Verweigerungsgründe wurden weder vorgebracht, noch sind solche ersichtlich.

5. Zur Vertretung von D._____:

5.1 Die Beklagte beantragt, dem Kind D._____ sei für das vorliegende Verfahren ein Rechtsbeistand zu bestellen (Plädoyernotizen, S. 1).

5.2 Die zuständige Vormundschaftsbehörde hat dem Kind bereits vor Anhängigkeit des Verfahrens eine Beiständin bestellt. Diese genügt den Anforderungen von Art. 9 Abs. 3 BG KKE. Eine weitere Vertretung ist nicht erforderlich.

5.3 Eine Anhörung des dreijährigen Kindes ist offensichtlich nicht opportun.

6. Fazit

Die Voraussetzungen für die Rückführung von D._____ sind nach dem Gesagten erfüllt, weshalb ihre Rückführung anzuordnen ist.

7. Vollstreckung

7.1 Da Verfahren nach dem HKÜ dringlich sind, und im Bestreben, weitere Rechtsstreitigkeiten im Vollstreckungsverfahren zu verhindern, hat der Bundesgesetzgeber vorgeschrieben, dass bereits der Sachentscheid Vollstreckungsanordnungen treffen soll (Art. 11 Abs. 1 BG-KKE; vgl. bereits BGE 130 III 533 f.). Die Einzelheiten der Vollstreckung sind auf eine Weise zu regeln, die kein neues Gerichtsverfahren betreffend die Vollstreckung verlangt (vgl. BBI 2007 2595 S. 2627).

7.2 Würde der vorliegende Entscheid nicht sofort gefällt, so müsste D._____ weiterhin fremdplatziert bleiben, was für das Kind (auch wenn es ihm bislang offenbar so weit gut geht) eine ausserordentliche Belastung darstellen würde. Auch erscheint der Widerstand der Beklagten gegen eine Rückführung als völlig aussichtslos. Schliesslich sind der Kläger und die verfahrensbeteiligte Grossmutter väterlicherseits heute – von Frankreich herreisend – am Gericht anwesend und sind (insbesondere die Mutter des Klägers) mit D._____ vertraut.

7.3 D._____ selber ist von der Kantonspolizei ans Gericht gebracht worden. Die Vollstreckung kann unverzüglich am Gericht erfolgen. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, dass die Kammer die Vollstreckung durch eigene Anordnung an die Kantonspolizei vollzieht.

8. Kosten- und Entschädigungsfolge

8.1 Für das Rückführungsverfahren sind weder Kosten noch Gebühren zu erheben (Art. 14 BG KKE i.V.m. Art. 26 Abs. 2 HKÜ).

8.2 Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 14 BG KKE i.V.m. Art. 26 Abs. 4 HKÜ).

Es wird erkannt:

1. Es wird die Rückführung des Kindes D._____, geb. tt.mm.2009, nach Frankreich angeordnet.
2. D._____ wird durch die Beamten der Kantonspolizei der verfahrensbeteiligten Grossmutter zur unverzüglichen Rückführung übergeben. Die Beamten werden dazu ermächtigt, die dafür notwendigen Zwangsmassnahmen einzusetzen.
Der französische Pass und die beiden Ausländerausweise von D._____ werden der Polizei übergeben zur Aushändigung an die verfahrensbeteiligte Grossmutter.
3. Für das Rückführungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Verfahrensbeteiligte, an die Beiständin I._____ sowie an die Kantonspolizei Zürich (übergeben), an das Bundesamt für Justiz, Dienste für internationale Kindesentführungen, Bun-

desrain 20, 3003 Bern und das Amt für Jugend und Berufsberatung, je gegen Empfangsschein.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 Tagen (Art. 100 Abs. 2 lit. c BGG) von der Übergabe / Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtschreiber:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. T. Engler

übergeben am 24. Juli 2012 / versandt am